

## NOTAS SOBRE PROBLEMAS TEÓRICOS DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Manuel BECERRA RAMÍREZ\*

SUMARIO: *Don Rodolfo Cruz Miramontes. I. Introducción. II. Los orígenes de la costumbre. III. “La costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. IV. Aspectos discutibles de la costumbre. V. ¿Puede existir costumbre sin práctica? La opinio juris. VI. ¿Cómo se prueba la práctica? VII. La práctica debe ser uniforme y consistente. VIII. ¿Quién tiene la carga de la prueba? IX. ¿Qué tan general debe ser la práctica? (¿Existe costumbre local?). X. El objetor persistente (OP). XI. Relación entre costumbre y tratado internacional. XII. La costumbre como fuente de derecho internacional penal. XIII. Conclusiones.*

DON RODOLFO CRUZ MIRAMONTES

Hace aproximadamente tres décadas tuve la suerte de conocer al doctor Rodolfo Cruz Miramontes. Entonces yo era un joven aspirante al estudio del derecho internacional, y él era un joven profesor que dictaba una conferencia en el recién creado Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, que dirigía su creador, otro ilustre internacionalista, don César Sepúlveda. Recuerdo muy bien que Cruz Miramontes habló de la frontera norte. Su erudición, su claridad y su enjundia con que desarrolló el tema me llamaron la atención, además de que lo hacía con un perceptible acento norteño y un buen español. Al terminar su conferencia me acerqué para hacerle preguntas sobre algunas de sus afirmaciones. Nunca pensé que ese

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

breve intercambio iba a sellar una relación de maestro, amigo, consejero de muchos años por delante. En todo este tiempo siempre hemos estado en comunicación o simplemente cercanos por el trabajo.

Siempre he afirmado que don Rodolfo tiene la gran virtud de combinar exitosamente la academia con la práctica, pues es de los raros internacionalistas (otro es Carlos Bernal) que cultivan el derecho internacional en cursos, libros, conferencias, y además viven de él por su práctica profesional. Raro y difícil en un país en donde el derecho internacional es una “disciplina ingrata”, como decía el maestro Sepúlveda, por ser poco reconocida y valorada, y además exigir mucho.

Hace un par de años, nuestra estimada colega, Loretta Ortiz, trajo a México el curso foráneo de la prestigiosa Academia de Derecho Internacional de La Haya, la segunda vez después del primero se celebró en la década de los años setenta. A diferencia de algún colega que se negó a asistir sin ser ponente “porque no era alumno”, el doctor Cruz Miramontes asistió “como alumno” aplicado, atento y participativo, sin el menor rubor. En el curso, el encargado de hablar sobre ríos internacionales fue el eminente internacionalista Julio Barberis. Sucedió que cuando pasaba lista se detuvo en un nombre: “Rodolfo Cruz Miramontes”, y preguntó: “¿debe ser el hijo del autor de un trabajo que encontré en una biblioteca europea”? Pero para su sorpresa, le dijimos (no había llegado el mencionado) que no era su hijo, que era el mismo autor.

Así es don Rodolfo. No se da ínfulas como algunos colegas, a quienes el cosmopolitismo los echa a perder. Él es sencillo, sin dejar de ser elegante, y directo en su trato. De ahí que sea un buen maestro, de esos que no enseñan, sino que forman, y como muestra está un botón: su talentoso hijo y socio en el despacho.

En momentos en que parece una competencia de quién cede más o quién entrega más a los vecinos del norte en una falsa modernidad “globalizante” (olvidando o haciendo caso omiso a la historia), don Rodolfo se mantiene obstinadamente en defensa de los valores nacionales y de nuestro idioma (“*aplicar* es una gringada”, suele decir cuando alguien se refiere a presentar una solicitud de beca). En estos momentos de crisis de Estado mexicano lo ideal sería tener más Cruz Miramontes.

Desde sus inicios, el *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* ha contado con el incondicional y entusiasta apoyo, y concretamente consejo, del doctor Cruz Miramontes.

Dicen que el “hombre cosecha lo que siembra”, y eso es cierto: bastó que se lanzara la idea de un homenaje a don Rodolfo Cruz Miramontes, para que inmediatamente un grupo numeroso de amigos, alumnos y colegas respondieran con entusiasmo en apoyo de este justo tributo a un gran internacionalista del siglo XX.

## I. INTRODUCCIÓN

La costumbre internacional (CI) es una de las fuentes más señeras del derecho internacional, por su antigüedad y su complejidad, que está expresada en un concepto simple: la práctica de los sujetos de derecho internacional generalmente reconocida como jurídicamente obligatoria.

El conocimiento vulgar sobre esta fuente del derecho de gentes, generalmente se queda en que tiene dos elementos: uno objetivo y el otro subjetivo; sin embargo, poco se discute sobre su origen, su verdadera dimensión y características, sobre todo desde una perspectiva que esté desprovista de repetir los lugares comunes de la doctrina sin ningún cuestionamiento. Por ejemplo, ¿cuál es el origen del concepto de CI? En realidad, poco se nos ha informado sobre su origen o cómo la conceptuaban los clásicos fundadores del derecho internacional.

En este ensayo nos referiremos a diferentes conceptos de la CI. El tiempo, el espacio y la conciencia de que ésta es parte de una línea de investigación más amplia y profunda nos hace advertir que no hay una profundidad deseable en la temática planteada, pero al menos es un punto de partida para la investigación en curso.

## II. LOS ORÍGENES DE LA COSTUMBRE

Para entender a su cabal nivel la costumbre internacional, es útil explorar un poco en sus orígenes. Hasta principios del siglo XX, el derecho, en muchas áreas de preocupación fundamental de los Estados, se consideraba, o era, *lex non scripta*. El contenido de la normatividad se determinaba por medio de la inducción y de la razón. Sólo las leyes de guerra y de neutralidad contaban con una codificación hasta cierto punto suficiente. Ahora bien, ¿desde cuándo se toma a la costumbre como fuente de derecho internacional? Desde los autores clásicos, fundadores del derecho de gentes ya se toma a la práctica como una fuente de lo que se puede

entender como jurídico. Si analizamos la obra de uno de los fundadores indiscutibles del derecho internacional, Hugo de Groot, o, como se le conoce en lengua española, Hugo Grocio, podemos constatar esta aseveración.

La doctrina de derecho internacional ya ha hecho un ejercicio de análisis sobre las fuentes en que se basaba el pensador holandés. Por ejemplo, David J. Bederman,<sup>1</sup> quien analiza la obra *De Jure Belli ac Pacis*, encuentra que para evidenciar la práctica y la costumbre de los Estados antiguos, Grocio citaba a prominentes historiadores, juristas, filósofos y poetas griegos y romanos. En la selección de sus fuentes fue “ecléctico y difuso”, según Bederman.

El recurso de Grocio a los clásicos romanos es muy evidente en su obra *De jure belli*, en donde incluye citas a Cicerón, Séneca, Tácito, entre otros. Entre ellos, Cicerón era uno de sus autores más citados; por ejemplo, el título *De jure belli ac pacis* fue tomado de su trabajo sobre *Jus gentium*.

Ahora bien, de acuerdo con las concepciones del derecho natural predominantes en la época en que escribía Hugo Grocio, las reglas jurídicas que regulaban las relaciones de los Estados deberían tener dos características fundamentales:

- ser universales, y
- basarse en una correcta razón.

Para probar el primer elemento, Grocio se basó en textos latinos y griegos de la antigüedad, en donde se encontraba con los datos históricos de por lo menos cinco centurias de relaciones estatales; después creó una razón automantenida, razón artificial del derecho internacional que pudiera hacer un puente entre el derecho moral (derecho natural) y la práctica de los Estados, la costumbre. Pero es interesante notar que el elemento de carácter psicológico no existía, sino que fue una construcción

<sup>1</sup> Véase Bederman, David, “Reception of the Classical tradition in International Law: Grotius”, *E. I. L. R.*, primavera de 1996, comentada 25/04/2001 [http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spring\\_96/bedelman.html](http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spring_96/bedelman.html). Y también: Feenstra, “Quelques remarques sur les sources utilisées par Grotius dans ses travaux de droit naturel”, *The World of Hugo Grotius (1583-1645)*, Rotterdam, Proceeding of the International Colloquium organized by the Grotius Committee of the Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 6-9 April, 1983, pp. 65-81.

teórica para fundamentar la autoridad del derecho internacional. Pero ¿por qué Grocio se inclina por el elemento de la correcta razón? Quizá la respuesta a esta pregunta está también en la utilización, por parte de Grocio, del pensamiento de los autores españoles del siglo XVI (Vitoria, Suárez, Fernando Vázquez de Menchaca, entre otros).

Posteriormente, los positivistas también aceptan el elemento de la “correcta razón”, pero en la idea de *opinio juris*. Es curioso notar que esta expresión latina no se encuentra en el derecho romano clásico; su origen es reciente, ya que aparece en el derecho internacional contemporáneo.<sup>2</sup> Aquí hay que tomar en cuenta que en sus orígenes, en el proyecto preparado para la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), predominaba la influencia de la *historical school of legal theory*, no precisamente una escuela de derecho internacional que postulaba que

el derecho y particularmente la costumbre jurídica, en particular, era una emanación de la *Volksgeist* (espíritu nacional) y en la incorporación de ‘conciencia jurídica’, (que es una posible interpretación de la frase de la *opinio juris sive necessitatis*). Estas teorías de una dudosa validez en el ámbito doméstico, y más aún en el internacional, al principio fueron rechazadas, pero el lenguaje mantiene sucias las aguas del derecho internacional.<sup>3</sup>

Ahora bien, a principios del siglo XX el Convenio de La Haya, del 18 de septiembre 1907, que creó un Tribunal Internacional de las Presas (TIP), en su artículo 7 del XII, contiene una fórmula parecida al artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y es el antecedente más lejano que tenemos de un documento jurídico internacional que codifica las fuentes del derecho internacional.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Véase “L’origine de la notion de l’opinion”, Guggengheim, “L’ origine de la notion de l’ opinio juris sive necessitatis comme deuxième element de la coutume dans l’histoire du droit des gens”, *Hommage d’une generation de juristas au President Basdevant* (1960), p. 258.

<sup>3</sup> Mendelson, M. H., presidente y Mullerson, Rein, rapporteur, “Final Report del Committee on formation of customary (general) international law”, *The International Law Association, Report of the Sixty-Ninth Conference*, Londres, 2000, p. 743.

<sup>4</sup> El Convenio de La Haya establecía: “Si la cuestión de que se trata de resolver está prevista por un convenio en vigor entre el beligerante que ha realizado la captura y el otro Estado que es parte en el litigio (o cuyo súbdito sea parte en el mismo) el Tribunal aplicará las estipulaciones de derecho.

El Convenio de La Haya de 1907 se refiere a los tratados internacionales, a la costumbre, a los principios generales del derecho, y por último a la equidad. En ese momento era un paso importante, que después nos lleva a 1920, con el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), el antecedente de la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Entonces, en 1945 los fundadores de la ONU tomaron la formulación de las fuentes del derecho internacional de su antecedente, el CPJI, y lo plasmaron en el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ), que en poco se separa de su antecedente, y que actualmente establece en lo que respecta a la costumbre: “b) La costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

Desde entonces, esta formulación de la costumbre es tomada como punto de referencia tanto en la práctica como en la doctrina.

### III. “LA COSTUMBRE INTERNACIONAL, COMO PRUEBA DE UNA PRÁCTICA GENERALMENTE ACEPTADA COMO DERECHO”

Entonces, el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) es un punto de referencia sobre las fuentes del derecho internacional. En otro trabajo analizamos esta disposición en su justa dimensión. Por ahora hay que mencionar que el concepto de CI como fuente del derecho tiene su referente necesario en la expresión contenida en el artículo 38-1, la cual no es muy afortunada; sin embargo, ha sido el punto de partida de la construcción teórica del concepto de CI. Desde los principios del siglo XX hasta nuestros días mucho se ha abordado en la doctrina sobre la costumbre, y se seguirá abordando. En principio, ha quedado claro que la costumbre no es la prueba de la práctica, sino al revés: la práctica prueba la costumbre.

La teoría también maneja que la costumbre contiene dos elementos: una práctica general y consistente (*inveterata consuetudo*), que sería el elemento material, y un elemento psicológico, que consiste en considerar

A falta de tales estipulaciones, el tribunal aplicará las normas del derecho internacional. Si no existiesen normas generales reconocidas, el Tribunal fallará según los principios generales del derecho y de la equidad” (tomado de Piza Escalante, Rodolfo, E., “La *opinio juris*, como fuente autónoma del derecho internacional (*opinio juris* y *jus cogens*”, *Revista Relaciones Internacionales*, Heredia, Costa Rica, Universidad Nacional, segundo trimestre de 1992, p. 60).

que esa práctica es jurídicamente obligatoria, lo que se conoce como la *opinio juris sive necessitatis*, o simplemente conocida como *opinio juris*. La jurisprudencia internacional también ya ha reconocido la existencia de estos dos elementos, que ya son indiscutibles dentro de la doctrina de derecho internacional.

En el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, citando el Caso Lotus y refiriéndose a la afirmación de Dinamarca y Holanda que ciertos acuerdos sobre delimitaciones por un no miembro de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental de 1958 la Corte Internacional de Justicia (CIJ) evidenció la existencia de una nueva regla de derecho consuetudinario relativo a delimitaciones, a través de la existencia de dos de sus elementos la práctica y la *opinio juris*.<sup>5</sup>

Pero independientemente de la identificación de sus elementos, la CIJ se enfrenta a una serie de cuestionamientos por la doctrina, a los que nos referiremos a continuación.

#### IV. ASPECTOS DISCUTIBLES DE LA COSTUMBRE

Por lo anterior, podemos afirmar que la costumbre internacional es una de las fuentes más antiguas del derecho internacional, y no hay duda de que en el siglo XX la doctrina sobre el tema ha experimentado un desarrollo muy significativo, tratando de entender y dar una respuesta a la serie de interrogantes que la práctica de los sujetos (fundamentalmente de los Estados) ha planteado, y que la CIJ ha recogido en sus decisiones. Entre otras, la doctrina ha tratado de dar una respuesta a los siguientes interrogantes:

- ¿Puede existir costumbre sin práctica suficiente (costumbre instantánea)?;

<sup>5</sup> En efecto, en el caso mencionado la CIJ observó:

“Not only must the acts concerned amount to settled practice, but they must also be done, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule requiring it. The need for such a belief, *i. e.* the existence of a *subjective element* (emphasis added), is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitates*. The states concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, *e. g.*, in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty”. ICJ Report, 1969, pp. 3-44 (parágrafo 77).

- ¿Cómo se prueba la práctica?;
- ¿Cómo se prueba la *opinio juris*?;
- En caso de litigio, ¿quién tiene la carga de la prueba para probar la costumbre?;
- ¿Qué tan general debe ser la práctica (existe costumbre local)?;
- ¿Cuál es el origen del *jus cogens*?;
- ¿Cuál es la relación entre tratado y costumbre internacional?;
- ¿Cómo funciona el objetor persistente; pueden existir varios objetores persistentes?;
- ¿Cuándo un acto contrario se considera un inicio de costumbre internacional?

#### V. ¿PUEDE EXISTIR COSTUMBRE SIN PRÁCTICA?

##### LA *OPINIO JURIS*

Los dos elementos de la costumbre están íntimamente ligados, de tal manera que podemos ver que la Corte habla de práctica como una evidencia de la existencia de la *opinio juris*.<sup>6</sup> Es por eso que algunos autores consideran que lo más importante es el elemento psicológico. Sin embargo, al ser un elemento de carácter psicológico, la *opinio juris*, es difícil de probar, aunque la jurisprudencia ha insistido en que es necesaria. En efecto, la CIJ ha reconocido que la práctica de los Estados sin la *opinio juris* no crea la costumbre internacional. En el caso Asilo,<sup>7</sup> la CIJ reconoce la práctica de Colombia, pero no encuentra la *opinio juris*:

...el gobierno colombiano ha referido un largo número de casos en los cuales, en efecto, el asilo diplomático fue otorgado y respetado, pero no ha mostrado que la supuesta regla de calificación unilateral y definitiva fue invocada o... que fue, aparte de estipulaciones convencionales, ejercida por los Estados que otorgan el asilo como un derecho que les pertenece y respetado por el Estado territorial, como un deber que les incumbe y no meramente por razones de utilidad política...

Es decir, aparte de una práctica, la CIJ exige que el Estado reclame que eso es un derecho o que es un deber jurídico. Sin embargo, lógicamente la práctica, tal como se expresa, también puede estar haciendo una

<sup>6</sup> Thirlways, *The Sources of International Law*, cit. p. 126.

<sup>7</sup> Colombia vs. Peru, ICJ, Reports, 1950, p. 266.

expresión de *opinio juris*; por ejemplo, en las decisiones de los tribunales internos. Esa misma idea se expresó en el caso Anglo-Norwegian Fisheries, cuando el juez Read, al referirse a la práctica estatal, dijo:

Esta no se puede establecer mediante la cita de casos donde un estado costanero ha hecho amplias demandas, sin haberlas hecho valer por medio de la real afirmación de soberanía sobre el paso de barcos extranjeros. Dichas demandas pueden ser importantes como punto de partida, que si no han sido rechazadas por el acto de otro Estado, pueden madurar en un título histórico en el curso del tiempo. La única evidencia conveniente de una práctica estatal se encuentra en la captura, en donde el Estado costanero afirma su soberanía sobre las aguas por la vía de arrestar un barco extranjero y manteniendo su posición en el curso de negociaciones diplomáticas y el arbitraje internacional.<sup>8</sup>

Es decir, de acuerdo con la Corte, no es suficiente simple y llanamente considerar que es jurídicamente obligatorio (“no se puede establecer mediante la cita de casos donde un Estado costanero ha hecho amplias demandas”), sino que requiere otro elemento adicional: el ejercicio del derecho por la vía material (“sin haberlas hecho valer por medio de la real afirmación de soberanía sobre el paso de barcos extranjeros”). Aquí la Corte eleva el grado de exigencia, con lo cual deja a los Estados que no tienen esa capacidad material para hacer las exigencias por esa vía. Hay Estados pequeños que no pueden tener la misma capacidad de dos potencias marítimas, como Inglaterra y Noruega, Estados que litigaron en el caso en donde se emitió la opinión que transcribimos, y pueden también tener el mismo problema. Digamos Nicaragua o Costa Rica (país que tiene fama por no tener fuerzas armadas) y puede tener problemas sobre límites.

En consecuencia, la constatación de la *opinio juris* es bastante difícil, desde la perspectiva de los jueces de la Corte. Por fortuna, el derecho internacional también reconoce la relatividad de la jurisprudencia internacional, aun contra la corriente anglosajona, que a veces llega a elevar a un alto nivel a las sentencias, y se olvida de su nivel de meros precedentes y que sirven como un elemento valioso como guías en la solución de otros casos, sin que por eso adquieran fuerza obligatoria.

En lo que se refiere a la “costumbre instantánea”, ésta es una postura que apareció en la doctrina en la década de los años sesenta, cuando se

<sup>8</sup> ICJ, Rep. 1951, p. 191.

planteó la existencia de una norma consuetudinaria, sin una práctica suficiente, y el caso se ejemplificaba con las resoluciones de la AG de Naciones Unidas sobre las reglas que regulan el espacio cósmico, que se formaron en muy poco tiempo, sin una práctica prolongada, en costumbre internacional.<sup>9</sup> Esta postura ha hecho considerar y postular que la *opinio juris* es una fuente autónoma de derecho internacional,<sup>10</sup> y también que las resoluciones de los OIs llegan a ser obligatorias a través de la costumbre internacional vía la *opinio juris*. El problema con esta postura es que se desvía la atención sobre el surgimiento de otros fenómenos normativos, como pueden ser las resoluciones de los organismos internacionales en algunos casos específicos, cuando existe una *opinio juris* clara, indudable.

Por otro lado, la fórmula propuesta por el artículo 38-1 es bastante vaga, ya que no se menciona cuánto tiempo se requiere. No podemos desechar el hecho de que la revolución en las comunicaciones ha ejercido un impacto en la expresión de la voluntad de los Estados; ahora es inmediata y muy amplia su divulgación.

Por lo que respecta a la jurisprudencia internacional, su posición es que la práctica no necesariamente debe ser larga en tiempo. Al parecer, el elemento de la *opinio juris* es muy importante, como vimos en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte.<sup>11</sup>

Además, el requisito de la *opinio juris* es fundamental para diferenciar la práctica que lleva a la costumbre de la que son meros actos internacionales, que están motivados por consideraciones de cortesía, conveniencia o tradición, pero en donde no se encuentra un sentido del deber de cumplir una norma jurídica.

De todas maneras, no se deja de sentir que la *opinio juris*, por ser un elemento de carácter psicológico, es difícil de medir. Por ejemplo, el juez

<sup>9</sup> Véase Cheng, B., "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' customary law", *Ind. JIL*, 23, 1965.

<sup>10</sup> Véase Piza Escalante, *op. cit.*, nota 4.

<sup>11</sup> "74. As regards the time element... Although the passage of only a short period is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that within the period in question short though it might be, State practice, including that of states whose interest are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked-and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved" (ICJ Reports, 1969, p. 3).

Tanaka, en su opinión disidente, en el caso Mar del Norte, postula que la *opinio juris* va conjuntamente con la práctica, y el juez M. Lachs, en el mismo caso, afirma que el tratado es una guía con mucha autoridad “para la práctica de los Estados que se enfrentan con nuevos problemas relevantes, y así sus provisiones llegan a ser el núcleo alrededor del cual un nuevo grupo de reglas legales generalmente reconocidas pueden cristalizar”.

Por lo visto hasta aquí, el elemento de la *opinio juris* no está exento de ciertas complicaciones en cuanto a determinar su dimensión, expresión y prueba; y no puede ser de otra manera, pues hablamos de un “elemento psicológico”; estamos hablando de una cualidad esencial del ser humano que no tienen las personas morales, como el Estado o los organismos internacionales. Así, concederle a estas personas morales, tan complejas, la capacidad de expresar una opinión, es un recurso interesante del derecho, que resuelve problemas de creación del derecho internacional frente a las corrientes jusnaturalistas, que conceden la capacidad de creación del derecho a una voluntad suprema que podía llegar a ser Dios, pero cuando se trata de medir o probar su existencia empuja a la doctrina a hacer malabares.

## VI. ¿CÓMO SE PRUEBA LA PRÁCTICA?

Uno de los cuestionamientos más inmediatos cuando hablamos de CI es el relativo a la prueba del otro elemento: el material, el elemento objetivo. Aquí, tanto la doctrina<sup>12</sup> como la Comisión de Derecho Internacional<sup>13</sup> han hecho una enumeración de las formas que puede tomar la práctica de los Estados, es decir, la evidencia de la práctica se prueba con una serie de elementos, tales como:

- Correspondencia diplomática;
- Comunicados sobre la práctica del gobierno;
- Comunicados de prensa;
- Las opiniones de los consejeros legales oficiales;
- Los manuales oficiales sobre cuestiones legales (por ejemplo, los manuales de derecho militar);
- Los comentarios hechos por el gobierno respecto de los proyectos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional:

<sup>12</sup> Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, p. 6.

<sup>13</sup> Y. B. I. L. C., 1950, II, pp. 368-372.

- La legislación estatal;
- Las decisiones judiciales, tanto nacionales como internacionales;
- Los tratados;
- La práctica de las organizaciones internacionales.

La idea es evidenciar la expresión de la *opinio juris* del Estado o del sujeto de derecho internacional, que como sabemos son construcciones ideales que sólo tienen existencia a través de la expresión de las personas físicas que ocupan un cargo público. Entonces, sólo son válidas las expresiones hechas en los límites de las competencias que el derecho interno y el derecho internacional otorgan a cada una de esas personas físicas. Fuera de esa competencia, las personas físicas actúan *ultra vires*.

La doctrina<sup>14</sup> ha descubierto una serie de características que debe tener el elemento objetivo para poder ser considerado como tal. Entre esos elementos se menciona que:

- los actos verbales y no solamente los físicos cuentan como parte de la práctica estatal; además, esos actos deben ser públicos, y en circunstancias especiales las omisiones pueden contar como una forma de práctica de los Estados,
- los actos de los individuos, las corporaciones, etcétera, no cuentan como parte de la práctica estatal, a menos que se realice en nombre del Estado o adoptada o ratificada por él;
- las actividades de las entidades gubernamentales dentro del Estado y que no gocen de una personalidad legal internacional no constituyen una práctica estatal, a menos que tal actividad se realice en representación del Estado o que sea ratificada por el Estado;
- la práctica de los órganos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de los Estados se considera, de acuerdo con las circunstancias, como parte de la práctica de los Estados;
- las decisiones de los tribunales o cortes internacionales no sean consideradas como una parte de la práctica de los Estados, aun cuando dichos órganos jurisdiccionales deriven de la autoridad estatal, la práctica de las organizaciones en el área de su competencia es una forma de “práctica estatal”.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, Mendelson, M. H., presidente y Mullerson, Rein, Rapporteur, “Final Report del Committee on formation of customary (general) international law”, *The International Law Association, Report of the Sixty-Ninth Conference*, Londres, 2000, pp. 711-777.

La revolución de la información que nos ha traído la telemática hace que estos elementos materiales no sean muy difíciles de constatar o medir; es cuestión de hurgar en los archivos públicos, y lo ideal es que existieran publicaciones encargadas de divulgar la práctica de los Estados, como sucede con los Estados que tienen la capacidad económica de hacerlo.

## VII. LA PRÁCTICA DEBE SER UNIFORME Y CONSISTENTE

La doctrina, siguiendo a la jurisprudencia, reconoce que la práctica debe ser uniforme y consistente, aunque toca al juzgador decidir si estos elementos se dan en el caso que se presenta.

Por ejemplo, en el caso del Asilo,<sup>15</sup> la CIJ estableció:

The party which relies on a custom... must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other party... that the rule invoked... is in accordance with a constant and uniform usage practiced by the States in questions, and that this usage is the expression of a right appertaining to the State granting asylum and a duty incumbent on the territorial State. This follows from Article 38 of the Statute of the Court, which refers to international custom 'as evidence of a general practice accepted as law'.

The facts brought to the knowledge of the court disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum and in the official views expressed on different occasions; there has been so much inconsistency in the rapid succession of conventions on asylum, ratified by some States and rejected by others, and the practice has been so much influenced by considerations of political expediency in the various cases, that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage, accepted as law...

Es lógico que si queremos hablar de la formación de la costumbre se exija que la práctica sea uniforme y consistente. La única cuestión es medir los dos elementos. ¿Cuándo estamos hablando de una práctica uniforme y consistente y cuándo estamos hablando del derecho del objetor persistente válido? Al respecto nos referiremos a este tema un poco más adelante.

<sup>15</sup> ICJ Reports (1950), pp. 276 y 277.

## VIII. ¿QUIÉN TIENE LA CARGA DE LA PRUEBA?

Al contrario del principio de derecho interno de que “el derecho no se prueba”, en el caso de la costumbre internacional, la carga de la prueba la lleva quien la invoca. En el caso Lotus, la Corte Permanente de Justicia Internacional, al referirse a una costumbre local invocada por el actor, afirmó que “el proponente debe probar que esa costumbre está establecida de tal manera que ha llegado a ser obligatoria para la otra parte”.<sup>16</sup>

Por supuesto, es lógico que esta regla también sea aplicable para el juzgador, en el caso de que invoque una costumbre en la resolución que dicte.

IX. ¿QUÉ TAN GENERAL DEBE SER LA PRÁCTICA?  
(¿EXISTE COSTUMBRE LOCAL?)

Cuando se habla de una “práctica generalmente aceptada como derecho” no quiere decir que se requiera, para la formación de la costumbre, la práctica de cada uno de los Estados del mundo, sino sólo se requiere que sea ampliamente practicada y que, como vimos, sea consistente. Esto trae a colación varios otros fenómenos: la posibilidad de una costumbre local y aun bilateral. Como se ve en el caso *Asylum, US Nationals in Morocco* (ICJ Reports —1952—, 199-200), *Righ of Passage over Indian Territory* (ICJ Reports —1960— 6 al 39-43) sí es posible reconocer una costumbre local, aun más: una costumbre bilateral.

Aún más, se reconoce que la costumbre local puede ser supletoria o derogar la costumbre general. Por ejemplo, el jurista soviético identificaba el derecho internacional socialista como una especie de derecho internacional local que “reemplaza al derecho internacional general contemporáneo”, en la relación entre los países socialistas.<sup>17</sup>

Pero aquí existe un problema de carácter cuantitativo: cuando se habla de “la práctica general”: ¿qué se entiende por “general”?, ¿cuántos Estados hacen una generalidad? Aquí estamos ante otro tema, ya también ampliamente reconocido por la doctrina del derecho internacional.

<sup>16</sup> PCIJ, ser. A, núm. 10, p. 18.

<sup>17</sup> Tunkin, G. I., *Theory of International Law*, English translation by Butler, 1974, p. 444.

## X. EL OBJETOR PERSISTENTE (OP)

La posibilidad de un objetor persistente es permitido, como una vía de no verse obligado por la normatividad consuetudinaria. En el caso Fisheries (ICJ Reports-1951-116), la defensa de Noruega fue que ciertas reglas del derecho internacional general no le eran aplicables a este país, en virtud de que Noruega “consistente e indudablemente había manifestado su negativa a aceptarlas”. Sin embargo, no es claro en la doctrina cuántos objetores persistentes pueden aceptar la práctica para seguir siendo considerada como derecho. Esto nos lleva a otro punto, que se refiere al cambio de costumbre, ya que cuando un número sustancial de sujetos se apartan de la práctica general y ésta es acompañada por la aquiescencia, entonces nacerá una nueva regla de derecho. Nuevamente, aquí la cuestión de la cantidad no está clara, determinada. Pero aquí nos hacemos una pregunta: ¿la práctica contraria de un Estado o grupo de Estados constituye una violación a la misma norma, o bien el nacimiento de otra norma? Este caso ya se ha discutido en la doctrina de DI, cuando varios académicos sostienen que el principio de no intervención no es ya una norma consuetudinaria de derecho internacional, lo cual es una falacia. Sin embargo, es incierto cuándo nace una nueva costumbre internacional.<sup>18</sup>

A respecto, en opinión de la profesora Elisabeth Zoller, de la Universidad de Estrasburgo, “...no es posible que una nueva norma de derecho consuetudinario pueda surgir de la base de una violación del derecho internacional”.<sup>19</sup> Esta postura definitivamente lógica, de todas maneras no resuelve el problema teórico cuando se trata de explicar la existencia de una costumbre abrogatoria o derogatoria de otra. Es decir, la normatividad es dinámica, una costumbre actual puede no serlo en el futuro, pero ¿cómo cambia la normatividad consuetudinaria si estamos ante fenómenos dialécticos?

Ante la cuestión de que las violaciones al derecho internacional puedan llegar a ser una norma de derecho internacional, Tunkin considera que “It has happened in history. In the future it may be accepted as a rule of international law, but at the moment it is a violation”.<sup>20</sup> Aunque esto

<sup>18</sup> Brownlie, *op. cit.*, nota 12, p. 16.

<sup>19</sup> Textualmente dice: “I don’t think that a new rule may emerge from a succession of breaches. I think that these claims that may lead to the formation of a new rule take place in areas that are not regulated internationally”, en D’Amato, Anthony, *International Law Sources*, p. 154.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 151.

deja el problema sin solución, pues no es claro cuándo una violación del derecho internacional se convierte finalmente en una norma de derecho internacional, y además, esta postura da cabida peligrosamente a la sistemática violación del derecho internacional. Quizá la respuesta estará en la reacción de la comunidad internacional. Si ésta reacciona condenando el acto contrario al derecho internacional, con esto se estará en contra de la abrogación o derogación de la norma consuetudinaria, pero si en cambio hay una pasividad o aceptación ante la violación se estará en un proceso de cambio de la costumbre.

En general, se pueden identificar los siguientes problemas que se derivan de la figura del OP:

- ¿Cuántos OP pueden existir?;
- ¿Qué pasa con un Estado de nueva creación y se encuentra con la costumbre ya creada, pero se declara OP?;
- ¿Qué pasa cuando el OP va contra una norma de *jus cogens*?

La figura del OP es un elemento útil para prevenir, por un lado, la dictadura de la mayoría, cuando se trata de Estados que evaden las mayorías, por considerar que su normatividad interna o sus intereses como Estado se ven comprometidos, pero también en un medio para que los Estados débiles no sean atropellados por la existencia de una costumbre ajena a sus intereses. Pero el OP tiene sus limitaciones, como se ve en el caso de Sudáfrica, Estado que se consideraba objeto de la práctica del *apartheid* como un delito internacional de carácter consuetudinario, por lo que nos hace pensar que el *jus cogens* es una norma superior. Sin embargo, el OP tiene una serie de recovecos que la doctrina no ha aclarado,<sup>21</sup> y aquí sólo los planteamos en busca de interlocutor.

## XI. RELACIÓN ENTRE COSTUMBRE Y TRATADO INTERNACIONAL

Tanto la teoría como la práctica jurídica internacionales encuentran una relación muy estrecha entre costumbre y tratados internacionales. Muchas de las normas consuetudinarias, en lo que se denomina una labor de codificación, que con gran éxito realiza la Comisión de Derecho Inter-

<sup>21</sup> Véase Stern, Ted L., “The approach of the different drummer: the principle of the persistent objector in international law”, en Koskenniemi, Marti, *op. cit.*, pp. 331-356.

nacional de la ONU, se ven incluidas en los tratados internacionales. La Convención de Genocidio de 1948, la III Confemar, la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, son ejemplos elocuentes de este fenómeno. Por otra parte, los tratados internacionales, en virtud de varios elementos, tales como el número de partes, sus miembros, la aceptación explícita de la normatividad, constituyen elementos muy fuertes para apoyar una norma de derecho internacional. También un tratado no en vigor puede ser una evidencia muy fuerte de la *opinio juris*.

Fundamentalmente en la segunda parte del siglo XX ha habido una corriente bastante acentuada de la codificación de la costumbre en los grandes tratados (Viena 1962, 1963, 1969, tres convenciones sobre derecho del mar, protocolos de derechos humanos, etcétera). En general, ha sido una explosión de la codificación de la costumbre internacional formada a través de los siglos. Esto, que debe hablar bien para esta fuente de primer nivel, también haría pensar en cierta decadencia de la costumbre internacional por la inclinación de la comunidad internacional en una normatividad “fiable” “concreta”, como serían los tratados internacionales, que son tierra firme. Sin embargo, tal idea es falsa. Hay muchas áreas del derecho internacional que no están codificadas y en donde hay una sólida regulación, como por ejemplo en el campo de la responsabilidad internacional o del medio ambiente, en donde no existen tratados internacionales de la magnitud de Viena 69, lo cual nos hace pensar que subsiste una sana interrelación entre las fuentes convencionales y consuetudinarias.

## XII. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Para nosotros, no cabe duda de que la costumbre, como fuente de derecho internacional, ha jugado un papel esencial en la conformación del derecho internacional penal; sin embargo, también hay que decirlo: hay una polémica sobre la aplicación de esta fuente en materia de derecho penal. Fundamentalmente, se esgrime la existencia del principio fundamental, tanto de derecho internacional como de derecho interno, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, como un impedimento para aplicar la costumbre en materia penal. Esta posición es muy formalista, ya que está influenciada fuertemente por el derecho interno, pero es insoste-

nible por la práctica internacional. En efecto, por citar algunos ejemplos, una gran parte de los tratados internacionales en vigor tienen su origen en el derecho consuetudinario (es el caso de las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Humanitario Internacional); la responsabilidad internacional tiene su origen, también, en las normas consuetudinarias, aunque haya cierta reticencia a reconocerlo,<sup>22</sup> y la jurisprudencia internacional le concede un lugar de primer orden a la costumbre. Al respecto, el Tribunal de Nuremberg observó:

Al interpretar las palabras del Pacto, se debe recordar que el derecho internacional no es el producto de una legislatura internacional, y que tales acuerdos, como el Pacto de París, tiene que ver con los principios generales del derecho, y no con asuntos administrativos de procedimiento. El derecho de guerra se encuentra no sólo en tratados, sino en la costumbre y la política de los Estados que gradualmente obtiene un reconocimiento universal y en los principios generales de justicia aplicados por los juristas practicados por las cortes militares. Este derecho no es estático, al mundo cambiante le sigue la necesidad de una adaptación continua. En efecto, en muchos casos los tratados no hacen muchas cosas, los tratados no hacen más que expresar en forma más detallada los principios de derecho ya existentes.<sup>23</sup>

Una posición negativa al derecho consuetudinario en materia de derecho penal puede ser entendida, aunque no compartida, desde una perspectiva meramente de derecho interno. Los juristas de derecho penal interno son muy celosos en la aplicación estricta de la normatividad penal, y frecuentemente no entienden que los tipos de los delitos se pueden crear en la costumbre.

### XIII. CONCLUSIONES

El siglo XXI, dominado por una revolución tecnológica que impacta a las comunicaciones, nos provoca una idea de analizar y replantear la antigua institución de la costumbre internacional, que fue creada cuando las

<sup>22</sup> Thormundsson, Jonatan, "The sources of international criminal law with reference to the human rights principles of domestic criminal law", en Wahlgren, Peter (ed.), *Scandinavian Studies in law, International Aspects*, Estocolmo, Sockholm Institute for Scandinavian Law, 2000, vol. 39, p. 389.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 390 (traducción al español de MBR).

comunicaciones se daban a caballo y en barcos de vela. No dudamos de la vigencia de la costumbre, pero sí creemos que es necesario revisar, con mente abierta, sus categorías y confrontarlas con la realidad contemporánea. Esa revisión debe empezar por sus orígenes, lo que nos puede servir para des-dogmatizarla y dar valor para promover nuevas instituciones o modernizar las ya existentes.

Por ejemplo, en pleno siglo XXI sería absurdo hablar de dos elementos de la costumbre, como ser universal y basarse en una correcta razón, como lo postulaba Grocio, y es más basarse en textos latinos y griegos de la antigüedad para probar el primer elemento, y para el segundo apoyarse en el pensamiento de los autores españoles del siglo XVI (Vitoria, Suárez, Fernando Vázquez de Menchaca, entre otros). El derecho internacional contemporáneo necesita certeza en su creación y democracia, no solamente formal, con elementos como justa razón, *opinio juris*, que llegan a ser esotéricos si no llegan a expresar el sentido real de los Estados y se convierte en un derecho consuetudinario de carácter plutocrático.

Un análisis detenido y detallado de conceptos torales como *opinio juris*, generalidad, objetor persistente, carga de la prueba, etcétera, nos puede llevar a replantear la costumbre internacional. Si la *opinio juris* es un concepto más o menos moderno, ¿por qué no lo podemos replantear y quizá modificar? Sobre estos temas la doctrina contemporánea tiene mucho que decir.